J.M.J.

ALEGACION JURIDICA,

POR

LA EX.MA S.RA D.A ROSA DE SILVA y Pimentel, Fernandez de Hijar, y Benavides, Condesa Viuda de Sellent, &c.

CON

DON JOSEPH VICENTE BELBIS y Moncada, Marques de Belgida, &c.

SOBRE

QUE SE EXCLUYAN LAS INTRODUCciones de apelaciones puestas por este, de dos Ramos de autos, declaradas ya por desiertas: lo que se confirme caso necessario, mandando se debuelvan al Inferior, para que execute sus Sentencias.

1 SI para diſponer, y facilitar la cõprehenſion de lo que ſe intẽta manifeſtar, conviene dividirlo en partes; (1) deſeando ſe conſiga con el menos poſsible trabajo, contendrà eſta Alegacion dos, à que la regulo, además de los hechos que la motivaron: En la primera ſe fundarà la Juſticia del articulo, que oy pende en ambas cauſas por ſer unas ſus circunſtancias: y en la ultima, la que tienen en lo principal las Sentencias que diò en ellas el Señor Don Franciſco Salcedo, ſubdividiendo eſta en dos §§. con el fin de privar de todo recurſo al Contendor, procurando proceder con brevedad, ſin ofenſa de la claridad, aunque ſe contemple dificultoſo el empeño, (2) y obſervar pureza, y verdad por amor á ella, como madre de la Juſticia. (3)

(1) *Partitio animum legentis incitat, mentem intelligentis præparat, memoriam artificiosè reformat.* Gloſſ. *in proœm. Inſtitut.* §.4.

(2) *Dum brevis eſſe labore obſcurus fio. Orat. art. poet.*

(3) Velaſ. *de Judic. perfect. rubric.* 14. *annot.* 2. *n.* 6. & 7. ibi: *Quia non niſi per veritatem ad juſtitiam pervenitur, quæ veluti juſtitiæ mater eſt, origo, & vaſis.*

HECHO I.

2 EN el año 1714. contrajo matrimonio la Excelentiſsima Señora Doña Roſa de Silva y Pimentel, Fernandez de Hijar, con Don Balthaſar Soler y Marrades, Conde de Sellent; y en la eſcritura de Capitulacion Matrimonial, legalizada en 13. de de Octubre del miſmo año, por Pedro Moreno Viniegra, Eſcrivano de Provincia, y de la Villa, y Corte de Madrid,

drid, le llevò en dote 5.260ῃ100. reales, y 16. mrs. vellon en diferentes bienes muebles, y raizes eſtimados, á cuyo pago, y reſtitucion ſe obligò en qualquier de los caſos que acaecieſſe de los prevenidos en derecho.

3 Aviendo muerto dicho Conde en 6. de Octubre 1729. la Señora Doña Luiſa Thereſa Cernecio ſu madre, y heredera, conſiderando ſu obligacion, y que llegò el de el pago, y reſtitucion la hizo por sí, y para sì, con eſcritura, que teſtificò Franciſco Furiò, Eſcrivano, à los 26. de Junio de 1731.

4 Y entre otros de los efectos, y derechos con que lo executò, le cediò el de recobrar 4483. libras del Señor Conde de Parcent, por el importe, y valor de dos tapizerias, que eſte retenia en ſu poder, y recaían en la expreſſada herencia, para en el caſo de que ſe quedaſſe con ellas, y en ſu defecto ſe obligò venderlas dentro el termino de dos meſes, y hacer con ſu producto pago á la referida Excelentiſsima Señora con mas el menos valor que produxeſſen.

5 Por aver paſſado, no ſolo el termino que ſe preſcriviò, sí tambien mas de año y medio, pidiò dicha Excelentiſſima Señora execucion por la referida ſuma contra la heredera, la qué ſe deſpachò, y opuſieron à ella muchos, y diferentes acrehedores, ſolicitando cada

uno

uno la prelacion por ſu credito.

6 Y reconociendo que el ſuyo ſe intrincava , y conſtituìa de dificil exaccion , como aſsimiſmo que para lograrle efectivo tenia ſu regreſſo contra el Señor Marques de Belgida , detentor del Mayorazgo , fundado por el Conde Don Bartholome Soler y Marrades , abuelo del difunto ſu marido , que es de aſcendiente (no ſe duda de ello en los autos) reſolviò valerſe de ſu accion , y ponerla deſde luego en practica.

7 En cuya conſequencia compareciò á los diez de Marzo del año , que ultimamente eſpirò , y refiriendo que con lo expreſſado quedava hecha excuſsion, pidiò ſe mandaſſe á dicho detentor , que dentro de diez dias pagaſſe las mencionadas 4483. lib. ò que en el propio termino dimitieſſe los bienes que en dicho Mayorazgo , ò fideicomiſſo recaían, para que ocupandoles jure pignoris,ſeu hipotecæ , ſe reintegraſſe con ſus frutos de ellas , y ſus intereſes.

8 Eſtablecida , y dirigida aſsi la demanda , ſe ſiguiò , y obſervò en el Juizio todos los terminos que el derecho previene ; y hallandoſe en eſtado,ſe pronunciò por el Juez Inferior en primero deMarzo de eſte año Sentencia,declarando quedava juſtificada , y que no probò ſus excepciones el Marques ; quien à los 4. del miſmo mes apelò , y por no averla introducido en el Tribunal ſuperior,ſe

instò monſtrara las diligencias de ſu mejora dentro de tercero dia, y con apercibimiento de deſercion, à que ſe proveyò en 16. que las exhibiera en el referido termino; y por no averlo cumplido luego que feneciò, ſe reiterò, y à los 22. ſe declarò por deſierta ſu apelacion, la que no introduxo haſta el dia 24.

HECHO II.

9 EN la capitulacion matrimonial referida en el antecedente, ſe obligò el Conde de Sellent à que viniendo, ò ſucediendo qualquier de los caſos en que procedieſſe la reſtitucion del dote la haria con mas el tres por ciento de èl por interes, haſta que quedaſſe efectivamente executada.

10 Por lo que, y en atencion à que en 6. de Octubre 1729. falleciò, y de que ſu madre, y heredera ſolo la hizo por sì, y para sí, con la eſcritura autorizada ante Franciſco Furiò à los 23. de Junio 1731. ſin los intereſes que ſe à deudaron al referido reſpeto en el tiempo que mediò deſde la muerte haſta el otorgamiento de eſte ultimo inſtrumento, pidiò la Excelentiſsima Señora Doña Roſa de Silva à los 11. de Febrero 1733. execucion contra los bienes recayentes en la herencia de ſu marido por 14ʉ30. lib. 8. ſueld. que ſe le reſtavan à dever de los intereſes, deducido ya lo

lo que avia percibido, y ſe aplicò por ellos.

11 La qual ſe deſpachò, y diò en hueco, ò vaciò, porque la heredera requerida, expreſsò no podia ſeñalar bienes algunos, reſpeto de que en realidad no los avia, pues los exiſtentes ſe advertian en la traba de otras execuciones; y que no baſtavan para cubrir el pago de ellas, ni menos ſatisfacer à los demás acrehedores.

12 Y aunque poſteriormente coludiendo con el Marques de Belgida, pretendiò retractarſe de ſu reſpueſta, fue convencida, por ſer unos de los bienes, que ſeñalava de dificil exaccion, y otros que eſtavan ya incluìdos en diferentes execuciones, como al principio libremente, y ſin reſpeto manifeſtò, con lo qual ſe aquietò.

13 Conſiderando dicha Excelentiſſima Señora las referidas diligencias, que ſe ſiguieron con citacion del mencionado Marques, que eſte no las contradixo; y que en ſu eſcritura de Concordia, autorizada por Franciſco Furiò, Eſcrivano, en 31. de Marzo 1731. reconociò por cierto, legitimo, è indubitado el derecho de repetir, y cobrar integramente el todo de ſu dote, con la calidad de que fueſſe, ſegun, y al tenor de la capitulacion matrimonial, y ſe obligò à ſu ſatisfaccion, y pago en quanto no baſtaſſen los bienes libres, que pertene-

cian

cian á la herencia del ultimo difunto Conde, puso contra él à los 27. de Mayo del año proximo passado igual demanda hipotecaria, á la que viene referida en el hecho que precede.

14 La que se siguiò por los terminos regulares hasta el estado de Sentencia, que fue pronunciada, y sucedieron en este Juizio los mismos acaecimientos que en el otro, governados todos en la propia conformidad, y baxo unas fechas, por lo que omito su repeticion, à fin de obviar en quanto sea dable la proligidad.

15 Estos son los hechos que de los dos Ramos de autos resultan, ajustados à ellos sin circunstancia que pueda variarlos, à fin que en su Vista se forme seguro concepto, y proceda à la decision, por ser cierto, que de su contexto se origina, (4) y sentados desciendo à la division que llevo hecha.

(4) *Nam ex facto jus oritur, unde ex varietate facti, jus variatur, leg. ex plagis, §. in clivo, ff. ad leg. Aquil.* Garcia *de Nobilit. gloss. 6. num. 54. vers. modo, in fin. & num. 55.*

PARTE PRIMERA.

16 PRetende la Excelentissima Doña Rosa de Silva la confirmacion del auto, proveìdo por el Inferior en 22. de Marzo de este año, y caso necessario que se declare la desercion que incluìa, sin embargo de la apelacion que el Marques de Belgida interpuso, ni de la introduccion que hizo posterior en el Tribunal Superior, mediante

la ley 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la recop.* (5) ibi: seguir deve la alzada la parte que se alzáre al plazo que le pusiere el juzgador, y parecer con el processo ante el Juez de las alzadas; y si el juzgador no le pusiere plazo en que se presente, mandamos que sea tenido el que se alzò de la seguir, y se presentar ante el Rey hasta quarenta dias, si fuere hallende los puertos; y si fuere aquende los puertos hasta quince dias; y si fuere el Rey en la Villa *hasta tercero dia*, si fuere el alzada de los Alcaldes del Rey; y si fuere de los de la Villa para ante otro Alcalde mayor en la Villa, que aya poder de oir las alzadas, que las siga *hasta tercero dia* :::: Y si en este tiempo no lo quisiere seguir, ò no se querellare, como dicho es, *finque firme el Juizio* de que se alzan en estos plazos::::

(5) *Leg.2.tit.18.lib.4.recop.*

17 Con que tiene por fundamento su pretension la disposicion de la ley del Reyno, que habla en este caso, contra la qual no cabe, ni se permite determinacion alguna, aunque no estuviesse en uso, (6) mayormento advirtiendose, que incluye clausula irritante, de forma que omitiendose qualquiera de las circunstancias, que prescrive obra desde luego su efecto, procediendo à la desercion. (7)

18 Siendo tan poderosa dicha clausula irritante de que finque firme el Juicio, que inmediatamente que espirò el

(6) *Ex text.in leg.ille, aut ille, ff. de legat.3. Can.ita.11.quæst.3. leg. 91.ff.de verb.oblig.* Prudentius contra Symmach. *lib.2.* plurima Nicol. Reusner. *in symbol. 26.clas.2.leg.1. Tauri.*

(7) Gutierrez *lib. 1. pract. quæst.* 103. en cuyo lugar satisface las obgeciones contrarias, y con particularidad al num.4. prope finem, la de que oy se devia juzgar segun la verdad sabida, probada en los autos.

tiempo concedido por la Ley, pudo el Juez inferior proceder à la execucion de su Sentencia, sin necessitar precediesse la declaracion de desercion, ni el termino que le señalò para que mostrasse las diligencias de mejora. (8)

19 En cuyos terminos, quien imaginaría podia ofrecerse duda sobre el cumplimiento de una Ley del Reyno, y su observancia? ninguno sin incurrir en la nota de [redacted]; pues fuera constituirse transgressor de la Ley. (9)

20 Sinembargo, el Marques de Belgida la pone, aunque no puede negar, como en 4. de Marzo apelò; y que passò, no solo el dia 7. hasta el qual deviò introducirla, sí tambien, que en 16. se le mandò mostrasse las diligencias dentro de tercero dia, el que fenecido, se diò por desierta en 22. y que hasta el 24. no lo executò; pues el Tassador, que la recibió en la noche del 22. nada le favorece, por no ser persona legitima para ello: (10) además de que entonces se hallava ya publicada la desercion.

21 Y para apoyarla se vale de que antes que se declarasse la desercion devieron precissamente preceder tres terminos: (11) pero quan poco le sufrague se acredita; porque el señalarse estos terminos no es para otro efecto, que el de examinar, si el apelante introdujo su apelacion dentro del que le prescribe la Ley, manifestando las diligencias, ò algun

(8) Azebedo *in dicta leg. 2. tit. 18. lib. 4. recop. num. 26.* ibi.: *Finque firme, nocet enim omissio prosecutionis appellationis, secundum text. in leg. quoniam nonnulli, C. de Judic. notant Minchaca de successio. creatio. §. 2. n. 4. versic. subinfertur, & Maranta in pract. titul. de appellat. n. 189. cum seq. pag. 592. & n. 398. pag. 644. & Rebuf. in 3. tom. Const. Franc. tit. de appellat. artic. 15. n. 12. Nam statim lapso termino est deserta appellatio, & Judex à quo potest immediatè procedere, absque eo quod feratur sententia super desertione appellationis, secundum Dec. per text. ibi in cap. personas, de appellatio. & Preb. ibi, n. 9. ex Bart. in leg. fin. ff. nil. nov. apppell. & Mar. & Rebuf. ubi supra.*

(9) Bayo *in praxi, part. 2. cap. 13. num. 22.*

(10) Gutierrez *lib. 1. pract. quast. 102.*

(11) Paz *in praxi, part. 1. temp. 12. num. 4.* Dom. Salgado *de Regia protect. part. 3. cap. 18. n. 78.*

gun impedimento justo que se lo embarazasse, (12) y no porque dentro de ellos lo pueda executar.

22 De que claramente se infiere, y deduce, que aviendo constado al Inferior, que el Marques no introdujo dentro los dias prevenidos por la Ley, ni tener causa alguna que exponer, que le escusasse de su cumplimiento (de la qual actualmente carece) no le es culpable se conformasse con su disposicion, y pasasse à declarar la desercion; antesbien loable, se arreglasse, y ajustasse á ella, siguiendo la opinion de Gutierrez, y Azebedo, que vienen mencionados.

23 Pero aun concedido (sin perjuicio de la verdad) que la declaracion de la desercion se advirtiera pronunciada con aceleracion, siguiendo dicha opinion; sinembargo, parece deve deferirse à lo que solicita la Exc.ma Sra.Doña Rosa de Silva, declarandose caso necessario la desercion: porque causandose esta, tanto ante el Inferior, por no hazer constar el apelante de su mejora, como ante el Superior, por no averse con efecto presentado en el termino establecido para ello; (13) es precisso se confiesse, que aunque no se estime la pronunciada ya, se deve mandar executar la Sentencia, adiriendo à aquella, porque en tiempo no se introdujo la apelacion. Y si esto milita indistintamente quando por el Inferior no se cominò con los terminos al apelan-

(12) Eminentissimus Deluca *de alienat. discur. 16. n. 3. & de judiciis, discurs. 37. ex num. 32.*

(13) *Dicta lege* 2. & ibi Azebedo *ex num.* 33. Parladorio *lib.* 2. *rerum quotidianarum, cap. fin. part.* 1. §. 1. *ex num.* 7. Dom. Salgado *de Regia protect. part.* 3. *cap.* 18. *num.* 68. *&* 69.

lante, con ſuperior razon procederà en en eſte caſo, que à lo menos mediò uno, y dilacion para mas de los tres.

24 Tambien que dicha Ley Real no eſtarìa en ſu obſervancia, y que lo contrario ſerìa el eſtilo de los Tribunales, porque prevaleciò á ella la diſpoſicion de el Derecho Canonico. Y en ſu excluſion ſe haze preſente, que la ley ſe cree ſiempre con ſu eficacia, y que no ay eſtilo, ni coſtumbre, que ſe la prive, ni dificulte. (14) Y aunque la huviera, no puede conſiderarſe, ni eſtimarſe; (15) sí que deve ceder à la Ley del Reyno, por la que ſe ha de decidir, y no por el Derecho Canonico. (16)

25 Y finalmente, que la omiſsion de Don Joſeph Cutillas ſu Procurador no podia cauſarle perjuicio, particularmente no teniendo èſte con que rehacerle. Y pendiendo eſte acto en omitir, olvidar, ò ignorar, es cierto que no le compete accion para reclamar de él. (17)

26 Y aunque receloſo de la ſatiſfaccion recurrió à la reſtitucion por el Capitulo General, implorandola; que eſta no le competa lo califica: lo primero, porque no conſta de leſion, como era indiſpenſable, (18) ni le es poſsible juſtificarla, por lo legal de las Sentencias: lo otro, la pobreza de ſu Apoderado, cuyo extremo tambien era preciſſo: lo otro, porque el Marques no pudo ignorarlo, reſ-

(14) Dom. Covarrub. *lib. 3. variar. cap. 3. n. 4.* Gutierrez *lib. 3. practic. quæſt. 31. num. 3.* Ceballos *comm. contra comm. quæſt. 704.* Gonzalez Tellez *ad text. in cap. 1. de conſuetudine, n. 11.* & alios à Bas *in Theat. Juriſprud. part. 1. in præludio, n. 36. & ſeq.*

(15) Dom. Larrea *deciſ. 29. n. 16. & deciſ. 100. num. 6.* Gonzalez *dicto loco.* Eximius Suarez *de legibus, lib. 7. cap. 15.*

(16) *Leg. 1. Tauri,* & ibi Gomez.

(17) Eminentiſsimus Deluca *de judiciis, diſcurſ. 37. n. 12.* Surdo *deciſ. 143.* Robito *pragmat. 1. de appellat.* Scaccia *de appellat. quæſt. 17. limit. 2.*

(18) *L. ſciendum 18. ff. ex quibus cauſis major. l. unica, in princip. Cod. de reputat. quæ fiunt in judicio in integ. reſtitut. cum vulgat.* & DD. quos citat Altimar. *de nullitat. rubr. 1. part. 4. quæſt. 38. ex n. 32.*

reſpecto de que aquel vive en ſu caſa, y es ſu criado; y ſi la ciencia ſe prueva por indicios, y congeturas, (19) quales puede aver mas poderoſas! Ademàs de que era publico en la Ciudad, lo qual por sí baſtava: (20) y de que por la noticia que tuvo, procuró ocultarſe, porque no ſe le hiciera ſaber la deſercion, ſegun reſulta de los autos; cuya cuidadoſa diligencia, antes que favorecerle, le daña, porque obra el efecto miſmo, que ſi en ſu perſona ſe le huviera notificado. (21) Con lo que queda fundado el articulo que oy pende, por lo que hago tranſito à la ſegunda parte.

(19) *Leg.Octavius, C. ut de cognatis leg.de tutel.C.de integrum reſtitut. gloſſ.in leg.tutor.petitus, C. de periculis tutor.* Parlador. *lib. 2.rer.quot. cap.ult. part.* 1. §.1. *n.*14.

(20) *Leg.9.§.ſi.facti, ff. de jur. vel fact. ignor.* Maſcard. *de probat. concluſ.*1300.

(21) Dom.Salgado *de Regia protect. part.2.cap.2.num.64.*

Vid. D. Salgadum de Reg. 3 p. c. 18 n. 75.

PARTE SEGUNDA.

27 DE lo expueſto en la antecedente juſtamente deve eſperarſe la deciſion del articulo á favor de la Exc.ma Sra.pero conſiderando ſolo con fuerzas para embarazarlo (ſibien no las mayores, por el lugar que ſe acota al num.7.marginal) el que ſe deve juzgar ſegun la verdad ſabida, probada en los autos, ſin ſugecion à formalidades, y ſutilezas de derecho; (22) ſe contemplò precisſo manifeſtar unicamente para inſtruir, y no por formal conocimiento, que las Sentencias ſon legales, y apoyadas de la verdad que reſulta de los autos, para privar al Marques de eſte recurſo, que es del que ſe valiò por ultimo eſfuer-

(22) *L.10.tit.17.lib.4.Recop.*

fuerzo de ſu defenſa.

28 No ſe oculta, ni ſe niega, que la diſpoſicion univerſal *de la Authentica res quæ, C.commun.de legat.* puede admitir queſtion, ſi ſe extiende à los Mayorazgos de Eſpaña, y fuera los terminos, ò limites, en que ſe conſideravan obligados ſus fundadores de dar dotes, ò reſtituirlos; (23) y aſsimiſmo ſi tranſciende la obligacion, ò no á todos los aſcendientes. (24)

29 Pero ninguna de ellas ſon del dia, porque para nueſtro caſo ay Ley, ò Fuero, que ſin diſtincion previene, y eſtablece clara la obligacion en los fundados en eſte Reyno, (25) por cuya diſpoſicion foral, ſe deve governar, y dirigir la determinacion una vez que ſe hallavan en ſu vigor, y obſervancia al tiempo que él Conde Don Bartholome Soler y Marrades formò el ſuyo, (26) lo qual no ſolo procede en los fideicomiſſos, sí tambien en Mayorazgos fundados en eſte Reyno, (27) y ſe extiende no unicamente à la reſtitucion de los dotes, sì tambien ſus intereſes taſſados. (28)

30 Ni de eſta diſpoſicion neceſsita la Excelentiſsima Señora, ni ſe huviera expueſto à no aver el Marques ſu Contendor intentado preſcindir de la Concordia que otorgò, en la qual reconociò por cierto, ſeguro, è indubitable el credito dotal, y ſe obligò á ſu ſatisfaccion,

(23) Dom.Molina *de primog. lib.*4. *cap.6.* Antunez *de donat. part.* 2.*lib.*1.*cap.*11.*num.* 101. Dom. Larrea *diſc.*47.

(24) Los miſmos con el Señor Caſtillo *lib,*8. *cap.* 36.§.8. *ex num.* 43. y defienden la opinion contraria de los antecedentes Bocio *de dote, cap.6.* §. 1.& 2. Peregrin.*de fideicom. artic.* 42. *n.* 81. Cancer. *variar. part.* 1. *cap.9.n.* 168. y reſtriccion, ò limitacion, el Señor Salgado *in labyrinth. part.* 1. *cap.* 24. *ex num.*196.

(25) Fuero 7.y 11. *Rubric.de hæredibus inſtituendis.*

(26) *L.*200. *ſtili*, y Paz comentandola; de la que ſon comprobantes el cap.ultimo *de conſtitutionibus*,& ibi Gonzalez Tellez *l.*7 *C. de legibus*, *l. jubemus* 29.*C.de teſtam.* & Dom.Larrea *deciſ.*11.*per tot.*

(27) Dom.Creſpi *obſervat.*106. *n.*9. ibi: *Apud nos autem expreſsis Foris cautum eſt, poſſe bona vinculo, ſive majoratui ſuppoſita alienari pro conſtitutione dotis*; y al *num.* 11. el miſmo *obſervat.*22.Dom.Leo *deciſ.*90. & 140. Fontanela *de pactis, tom* 2.*clauſ.*5.*gloſſ.*1.*part.*2.*fol. mihi* 35.*n.*106. Verſano *de viduis, cap.*2. *quæſt* 23.*n.*1. Marinis *reſolut.lib.*2.*cap.*16. Manſio *conſult.* 235. Faria ad Covarrubias *lib.*3.*cap.6.n.*69.

(28) Dom.Leo dicto loco. Marinis *reſolut.* 16.*n.* 15. con ſu Addicionador Carolus Antonius de de Luca, eſte en la obſervaciõ ad Franchis 119. Peregrin. *articulo* 42. Noguerol.*allegat.*17. & à contrario ſenſu D.Larrea *deciſ.*37. *n.*16. hallandoſe taſados los intereſſes.

cion, ſegun la capitulacion matrimonial de que viene hecha relacion, la que deve ſubſiſtir, y no puede aprovecharſe eſte de las excepciones, y probabilidades que anteriormente le competian, y le favorecian, (29) de forma que obra el miſmo efecto dicha tranſaccion, y concordia que la coſa juzgada; (30) y para hacerla, y otorgarla baſtò qualquier cauſa probable, como tambien à fin que produxeſſe ſu efecto. (31)

31 De lo que claramente ſe infiere deduce, y ſaca, que aunque huviera alguna duda ſobre ſi los Mayorazgos de Eſpaña ſe reconocen, ò no ſugetos à las conſtituciones, y reſtituciones de dote, y ſi lo miſmo ſucede en los fundados en eſte Reyno, y ſu Corona ſin facultad Real, con los de la de Caſtilla, no puede quedar alguna en nueſtra eſpecie, y ſuperadas todas en el de el Conde Don Bartholome: y que mucho menos puede apartarſe de ſu cumplimiento el Marques de Belgida que lo reconociò; con lo qual ſe ſatisfacen muchas de ſus excepciones, y para lograrlo en las particulares que en cada Ramo opuſo, paſſo á hacerme cargo de ellas.

*** *** ***

(29) *Cap. 1. de tranſaction. l. ſi pro fundo* 33. con los demàs que cita Valeron en ſu eſpecial tratado *de tranſaction. tit.* 5. *quæſt.* 4. *n.* 3. & 4.

(30) *L. non minorem* 20. *C. de tranſaction.* Valeron *dict. tract. tit.* 2. *quæſt.* 4. cum multis.

(31) Palma Nepos *alleg.* 160.

§.

§. I.

EN EL PLEYTO DE LAS Tapizerias.

32 EN exclusion del credito de las 4ӈ483. lib. deduxo tres reparos, creyendolos eficaces: el primero, que hallandose transportadas en su pago las dos tapizerias, que existian en poder del Conde de Parcent, y como tal se anotaron en el inventario, no era dable, se formasse de ellas merito en el pleyto de Acrehedores, porque mediante la venta se hallavan ya en tercer possehedor.

33 El que tiene clara su satisfaccion, porque en el pago, ò restitucion de dote que se hizo á dicha Excelentissima Señora unicamente se le consignò el derecho de recobrar el precio de las tapizerias, en caso que por el de la estimacion se quedasse con ellas el referido Conde de Parcent, sin transportar, ni transferir dominio, (32) y aun la promesa fue condicional, que no se verificò, ni puede contemplarse venta, (33) sin que la de pagar á un acrehedor de determinados bienes la constituya, permaneciendo estos en dominio del deudor, y pereciendo son de su riesgo, y quenta; porque no fue consignacion in solutum, sino para facilitar la exaccion, (34) mayormente quando la heredera te-

(32) Cap. de la escritura de restitucion de dote, al fin de él, ibi: Se dan, ceden, y transportan á dicha Excelentissima Señora Doña Rosa de Silva, *para que en el caso de que dicho Excelentissimo Señor Conde de Parcent se quede con las referidas tapicerias*, perciba las sobredichas quantias; y en el de no, aya de ser del cargo de la mencionada Egregia Señora Doña Luisa Theresa Cernecio en el citado nombre de heredera, *vender las expressadas tapicerias dentro el termino de dos meses de la fecha de esta escritura*, y de su precio con lo que le faltàre, si se sacàre menos, *aya de satisfacer inmediatamente à dicha Excelentissima Señora Doña Rosa de Silva*, por la referida Egregia Señora Doña Luisa Theresa Cernecio, las citadas quantias de esta partida, y la antecedente.

(33) *L. 7. ff. de contrahenda emptione.*

(34) Como lo distingue el Señor Olea *tit. 7. quæst. 3. n. 24.*

tenia ofrecido venderlas en defecto de que no las tomasse el Conde dar el precio que sacasse, con mas el menos valor que produxesse, discurriendose sin duda, que asi como la promesa de vender no induce venta, tãpoco la de comprar; (35) y asi no aviendose verificado la condicion, ni vendido la heredera las tapizerias en el tiempo q̃ mediò, pudo como sucediò formarse el pleyto de Acrehedores, è incluirse en èl las tapizerias, sin poderse considerar cedido su precio.

(35) Dom. Olea *tit.* 1. *quæst.* 6. *ex num.* 33.

34 El segundo, que aviendose hecho pago á la Excelentissima Señora del capital de unos censos, que el Conde de Sellent su marido se obligò, y cargò sobre las propriedades dotales, se deveria entender su importe, aplicado para la extinccion de este credito de 4ʒ483. lib. y no al reintegro del gravamen, por tener aquel el derecho mas duro, y fuerte, cuya aplicacion se presumia con antelacion. (36)

(36) *Leg.* 10. *tit.* 14. *partida* 5. *l.* 1. & 97. *ff. de solutionibus*, & *l.* 1. *C. eodem.* Dom. Castillo *cap.* 113.

35 Porque se elide con que el difunto Conde fue quien se cargò los censos, se aprovechò de sus capitales, y para la seguridad obligò las propriedades dotales, con particularidad las del Reyno de Aragon, en cuyo instrumento, aunque intervino dicha Ex.ma S.ra se entiende unicamente como fiadora; (37) y en averle hecho su pago nada se le diò, antes bien por èl, usò la heredera de la eleccion que la ley le dispensa para apli-

(37) Noguerol *allegat.* 29. *n.* 100.

car, con lo que no solo ya no es adaptable dicha disposicion, sí que por ella misma queda destruida la excepcion: y por si todavia se le considerasse con alguna autoridad, se desvanece con que à la viuda le compete la eleccion, hallandose con creditos, para cuyo pago no tiene regresso subsidiario de exigirlos de los bienes libres. (38)

(38) Dom. Leo *decis. 166. ex n. 3.*

36 Y el tercero, que la tassacion de los intereses no seria justa, ni podia repetirlos por la cantidad del dote, que se le dexò de pagar, respecto que no mediò la mora, é interpelacion con la prueva del lucro cesante, y daño emergente, que eran circunstancias indispensables. (39)

(39) Paulo Castrense *in leg. 3. ff. de eo quod certo loco.*

37 Cuyo reparo queda destruido con que la prueva de dichos extremos para legitimar los intereses tiene lugar, quando se solicita su repeticion *ex officio judicis*; pero no hallandose paccionados, y regulada su tassa à la costumbre, y estilo de la region donde se celebrò el contrato, como se reconoce en los que pretende la Excelentissima Señora bien moderados, y que se le deven *jure actionis*, lo qual le releva de dicha prueva. (40)

(40) Dom. Molina, y sus Addentes *lib. 4. cap. 5. n. 5. & 6.* Rodriguez *de annuis redditibus, lib. 3. quæst. 7.* Bocio *de dote, fol. mihi 750.* ex Leotardo *de ussuris, quæst. 30. num. 50.* & conducit Dom. Larrea *decis. 37. n. 16.* Fontanela *decis. 91.* Ramon *cons. 82.* con los demàs que cita Noguerol *allegat. 17. artic. 1. per tot.*

38 Y procede por disposicion de la ley, (41) sin que pueda oponersele, se hallaria derogada por la Canonica; y que solo harian licitos los intereses en favor del marido por el dote que se le ofreciò, y no pagò; (42) porque à mas de

(41) *L. unica, §. exactio, & §. sin autem, C. de rei uxor. action.* ibi: *Statim post disolutum matrimonium etiam usuras æstimationis omnium rerum quæ extra in mobile sunt.*

(42) *Cap. salubriter, de usuris.*

de que igual privilegio ſe le atribuye à la muger, apropriandole la miſma diſ- poſicion, (43) lo perſuade el que ſi al menor por tenerle no le alcanza la derogacion, por què razon ha de comprehender el de la muger?

(43) Noguerol *ubi ſupra.*

39 Añadeſe á eſto, que ſi dicha Excelentiſsima Señora fuera tan opulenta, que por ningun reſpeto ſe le conſideraſſe diſpoſicion de lucrar el tres por ciento paccionado, ò padecer concurrente daño, haria alguna fuerza la opinion contraria en excluſion de la eficacia de la promeſa hecha en la propia capitulacion matrimonial; y ſi no ſe hallara, que la boda ſe efectuò baxo ſu ſeguridad, y con conocidas ventajas del difunto Conde: pero en nueſtra eſpecie, que expreſſamente ſe eſtipularon, que no es dudable deſcuydò de exigir ſu dote, y que por carecer de él experimentò mayores daños, obſervando lo literal del contrato, no puede ofrecerſe reparo legitimo, que en ambas opiniones proceda la ſatifacion de los intereſes.

§. 2.

EN EL PLEYTO DE LAS 14U30. *lib.8.ſueld. de intereſes.*

40 PAra deſvanecer eſta inſtancia ſe valiò el Marques de quatro medios: el primero que deduxo fue,

fue, que dicha Excelentiſsima Señora renunciò todos ſus derechos en la Concordia, que con èl otorgò, abdicandoſe abſolutamente de ellos à excepcion ſolo del dotal, de que deduce no ſer reſponſable à los intereſes de èl.

41 Y aunque examinada con la reflexion que correſponde la Concordia, no ſe halla la menor clauſula, que perſuada dicha renuncia, sì que mutua, y reciprocamente ſe reconocieron unos derechos, aviendolo hecho el Marques del dote integro, obligandoſe à ſu pago ſubſidiariamente; ſin embargo, para que no quede el menor eſcrupulo, ſe ſatiſface, con que ſiendo como ſe advierte una miſma la obligacion, y eſtipulacion del dote, que la de los intereſes, (44) y una propia la accion, (45) reconociò igualmente los intereſes, como conexos, è inſeparables del dote, de forma, que para que ſe huvieſſe abdicado, y privado de ellos, era preciſſo, y neceſſario, que dicha Excelentiſsima Señora los renunciaſſe expreſſamente; (46) ademàs de que aviendo hecho la promeſa de pagar integramente, refiriendoſe à la eſcritura de capitulacion matrimonial, contraxo eſpecial obligacion de todo lo contenido en ella, (47) y ſe entendiò eſta inſerta en la primera con todas ſus circunſtancias, y qualidades. (48)

42 El ſegundo, que disfrutò las rentas de los bienes fructiferos, conſtituidos

(44) *Leg. Senatus* 35. *in fine, de donat. cauſ. mort.* ibi: *Stipulatio una eſt. Leg.* 59. *in principio, ff. de fidejuſſor.*

(45) *Leg.* 78. *ff. de verborum obligat. & ex leg. Lucius Titius* 18. *ff. qui potioris in pignore veantur, ex leg. magis puto*, §. *nemo Prætor, ff. de rebus eorum*; & in terminis Antunez Portugal *lib.* 3. *cap.* 26. *n.* 61.

(46) Noguerol *allegat.* 17. *n.* 34. ibi: *Sed reſpondetur, primo, tranſactionem ſuper dote limitatam fuiſſe, & in ea nullam factam fuiſſe uſſurarum mentionem, nec renuntiationem, & ſic peti poſſe, quia limitata cauſa limitatum producit effectum. Leg. in agris, ff. de adquirendo rerum dominio. leg. age cum Geminiano, C. de tranſact.*

(47) Dom. Larrea *allegat.* 93. *n.* 7.

(48) Barboſa *axiom. jur. axiom.* 201. *per tot.*

dos en dote (los quales por sí podian ſer productivos de intereſes) con los quales ya eſtaria ſatisfecha de los que deviò haver.

43 Que indiſtintamente los cauſen todo genero de bienes , ya queda fundado ; y lo que produxeron las propriedades no ſe exigiò por dicha Ex.ma S.ra, como ſuyo antes de la reſtitucion , ſi en quenta de la ſuma á que era acrehedor , y de lo que importò ya hizo ſu deduccion, ò rebaja , con lo que ſe reconoce ſin eficacia eſte medio.

44 El tercero , que los intereſes no eſtarian todavia liquidados , ſin cuya previa diligencia, no ſe podia proceder á ſu exaccion.

45 Lo debil de èl , ſe acredita,porque pendiendo de calculo para èl , no ſe neceſsita de formacion de Juicio , ni de mas particularidad , que la de ſumar ſu importe ; (49) y no aviendoſe demonſtrado , ni hecho evidencia , que en la quenta ſe padeciò equivocacion , y error , en nada le favorece , para relevarle del pago de las 14U30.lib. 8. ſueld. que reſultò hecho el deſquento de lo que ſe recibiò.

46 Y el quarto , y ultimo , de que no avia llegado el caſo en que reconociò el credito dotal , y ſe obligò ſubſidiariamente à ſu pago ; porque no ſe hallavan excuſos los bienes de la herencia del ultimo difunto Conde ; y que aun-

(49) Eminentiſsimus Deluca *de judiciis, diſcurſ.33.n.41.*

que con el pleyto de Acrehedores estuviessen intrincados, no se podia considerar suficiente, porque el reconocimiento le hizo solo en quanto no bastassen los bienes libres, expression que devia obrar mas, que por que por derecho se estimava precisso.

47 Este es el mas fuerte de los que expuso, pero que no sea poderoso al librarle de la referida obligacion, lo califica el que resultando de los autos ser muchos los acrehedores, que se opusieron à los bienes del ultimo difunto Conde, por ello no se puede negar que quedaron, y los hicieron intrincados, y de dificil extraccion, (50) y que esta especie de excussion abre camino, y dá expedita la accion para reconvenir al tenido subsidiariamente. (51)

48 Y que no mejore el Marques su derecho con dicha clausula en quanto no bastaren, se persuade; lo uno, porque està se incluyò, y puso en la Concordia, para explicar, y assegurar su obligacion, que por la ley tacitamente ya tenia à favor de la Excelentissima Señora: en cuya inteligencia no pudo alterar su disposicion, respecto de que la de el hombre no quita, ni altera la legal, nacida antes que el la estableciesse, particularmente dirigiendose ambas à un propio fin, que en estos terminos sirve la posterior para calificar la primera, y à mayor abundamiento suyo. (52)

Lo

(50) *Leg. divo Pio* 15. §. *si rerum, ff. de re judicat.* Dom. Olea *tit.* 7. *quæst.* 3. ibi: *Excusabitur autem cessionarius ab excusionis onere, si debitoris bona intrincata sint, & difficilis exactionis juxta Scacciam:::. quia asserit, cessionarium non teneri amplius excutere bona, quæ semel apparuerunt intrincata: quod sine dubio procedit, si ad bona debitoris cessi formatus sit concursus creditorum* (vulgo pleyto de acrehedores) *quia ex hoc excusio pro facta habebitur*; con los Señores Molina, Salgado, Larrea, y otros.

(51) Noguerol *allegat.* 2. *n.* 113. ibi: *Tertiò, quod quando requiratur excussio contra bona Ducis D. Philippi, ab ea excusat causa concursus creditorum, quæ contra ejus bona libera agitatur coram Judice ordinario hujus Curiæ.* Plenè Urseolo consult. 97. n. 18.

(52) *Leg. item liberator* 6. §. *ultimo, ff. quibus modis pignus solvitur. Leg. creditor* 2. *C. de fidejussor.* & in terminis tradit novissimè Joannes Boet. *lib.* 20. *tit.* 6. *n.* 12. ibi: *Cum provissio hominis non tollat provissionem legis, quoties jam antè hominis provissionem nata est prohibissio legis, & quando ad eundem utraque finem tendit.*

49 Lo otro, porque dicha promesa la hizo tambien el Marques para facilitar á la expressada Ex.ma S.ra la exaccion de su credito; y asi no cabe obrassen el efecto de retardarla, ni que sus palabras reciban interpretacion en su odio, y favor del que las puso.(53)

50 Y lo ultimo, porque quando se escriturò la Concordia, los bienes de la herencia de dicho ultimo difunto Conde, se estimaron libres desembargados, y prontos para el pago del dote, y por si no bastaren, se constituyò el Marques obligado à satisfacerle incontinenti, ibi: *En quanto no bastaren*: luego si por su intrincacion, ò excusion no alcanzan en todo, ni en parte, como puede valerse de la referida clausula para relevarse, y dexar al acrehedor sin que consiga el recobro de su credito quando à èl se obligò?

51 A esto se reduce lo alegado ante el Inferior, y en el Superior procurò abultar, y confundir con nuevas quentas ideales, complicaciones, documentos, y papeles simples en que no tienen dicha Ex.ma S.ra, ni sus Apoderados la menor intervencion, suponiendo (entre otros vicios) que llegaron de nuevo à su noticia, quando consta lo contrario de los mismos autos, para vencer, y lograr por los referidos irregulares medios, lo que no podia en razon, ni Justicia; (54) y además de que en ellos se halla ya dada sa-

(53) *Leg. veteribus* 39. *ff. de pactis*, & *leg. labeo* 21. *ff. de contrahenda emptione.*

(54) *Convenerunt, ut multitudine vincerent quem ratione superare non poterant.* San Juan Crisostomo *homil.* 26.

ſatisfaccion, y deſcubierta en los propios papeles, tambien lo tiene hecha evidencia, que los logrò el mas moderno, cerca de medio año antes; y que no ha querido entender ſu contexto, como es, con el fin que no ſe defiera á lo que dice, y en la forma que lo manifieſta.(55)

(55) *Intellexit hæc Tiberius ut erant, non ut dicebantur.* Tacit.*lib.* 3. *Annal.*

52 Y de ambas partes de eſta Alegacion parece ſe colige, no ſolo la Juſticia originaria de las cauſas (aunque de ella no ſe ha tratado principalmente) ſi tambien la del articulo, que en la deſercion obrò el Inferior legalmente, y que procede ſu confirmacion no aviendo lugar à la introduccion, particularmente quando la ley, que la preſcrive ſe dirige à atajar los terminos, y que no ſe hagan perpetuos los Juicios, que es el fin opueſto del Marques.

53 Ni es nuevo el coartarlos en la materia de apelaciones, pues la que eſtablecé el termino para apelar (56) comprehende en èl el miſmo dia que ſe notifica, por reſtringirle, quando en las demas milita lo contrario, y procede de derecho.(57)

(56) Que es la 1.*tit.*18. *lib.*4.*Recop.*

(57) Zeballos *quæſt.*401. Parlador. *lib.*2.*cap.final.* §.10. Gutierrez *lib.*1.*pract.quæſt.*154.

54 Creo quitarà toda duda la ley, que manda, què en qualquiera manera, què parezca quiſo uno obligarſe, quede obligado, (58) porque reſultando de la Concordia literal, y expreſſamente, que el Marques reconociò por cierto, ſeguro, è indubitable el dote, ſegun, y al tenor de la capitulacion matrimonial, y

(58) Que es la 2.*tit.*16. *lib.*5.*Recop.*

y que ſe obligò à ſu integra ſatisfaccion: en condenarle à ella en las Sentencias, no ſe alcanza en que ſe le grava! ni que medios juſtos le pueden ſufragar para ſu relevacion!

55 Mayormente no ſiendo negable, que dicha obligacion trae aparejada execucion, verificado como ſe halla, enel Juicio que correſponde, el caſo de la excuſsion, porque ſuperado eſte legitimamente, ſe deve hacer tranſito à aquella, reſpecto de que ſe conſtituyò ya pura ſu promeſſa, y quedò con la eſcritura, y clauſula guarentigia, executiva; y las excepciones que ſe pretendieren para ſu excluſion, ſe deven oponer en el termino que la ley preſcribe, pero no aora: porque ſería reducir la cauſa de ſu naturaleza privilegiada à la ordinaria, (59) à lo que no ſe deve dar lugar.

(59 Carleval. *de Judicis*, *tit*. 3. *diſput*. 14. *per tot*.

56 Con cuyos legales fundamentos eſpera obtener la referida Exceletiſsima Señora Doña Roſa de Silva en el articulo que oy pende, con eſpecialidad por los Señores que le deven votar: *Nam aliis non egemus, nam agitur apud præclariſsimos viros, qui ſciunt eligere triticum à zizanea, ut loquitur Coccinus in annotat. 261. num. 457. poſt tom. 5. ſuar. deciſ.* En cuya virtud aſsi lo ſiento, ſalva ſemper, &c. En Valencia, á 7. de Mayo de 1734.